退休后再就业劳动权益保护的法治困境及制度回应
——以积极老龄化为视域

袁文全　张亚炜
(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘　要: 伴随人口老龄化加剧和新一代老年群体综合素质的提升,老年人的价值作用日益受到关注,退休后再就业现象在我国呈现越来越普遍的趋势。基于社会发展现实需求及公民劳动权本身的法权建构分析,退休后再就业人员劳动权益保护成为我国积极老龄化政策实施背景下必须面对和解决的新问题。在短期内,应立足现行立法框架下探索对该群体劳动权益的最大化保护;从长远看,应回应社会关切和时代需求,立足劳动法理论和实践创新发展,扩宽劳动立法主体范围,增强劳动立法的灵活性,梳理重构劳动法与社会保障法等基本立法之间的关系,消解立法之间的矛盾,成为我国劳动制度立法适应新形势要求,充分发挥法的指引与规范作用路径的理性选择。

关键词: 积极老龄化;退休后再就业;劳动权保护;社会保障;退休制度
中图分类号: D 912.5　　**文献标识码:** A　　**文章编号:** 1000-5919(2020)05-0131-10

一、问题的提出

人口老龄化是人类社会发展最重大的成就之一,也是世界各国面临的最严峻挑战之一。在 2002 年召开的第二届世界老龄大会上,世界卫生组织正式提出以“健康”“参与”和“保障”为核心的“积极老龄化”理念,强调了一种更加注重主动参与的老年生活,突出积极老龄化作为一个综合性社会发展战略的定位。近年来,“积极老龄化”从一个抽象概念不断上升到世界各国制定涉老法律制度、政策法规的理念指引,贯穿到包括健康、财政、劳动、社会、家庭与社会保障等经济社会生活的多个方面。人口老龄化现象导致社会养老负担不断加重的同时,对我国市场经济稳定发展带来了新挑战。《2019 年中国人力资源发展报告》显示,2018 年我国人口总量基本稳定,但劳动年龄人口数量及其占总人口的比重呈现七连降,快速进入老龄化社会对我国劳动力市场带来了劳动力供给不足、人口红利逐渐减少等压力。2006 年,我国在汲取世界其他国家应对老龄化经验的基础上,首次提出并在《国民经济和社会发展第十一个五年规模纲要》中专门设置小节对积极应对人口老龄化概念进行了阐述,中老年人社会参与权成为积极应对人口老龄化政策的重要内容,而退休后再就业则是老年人社会参与的重要内容之一。

伴随人均寿命的增长,退休后再就业现象开始在世界范围内出现并呈现规模化发展。研究发现,在过去 10 年内,美国约有一半劳动者在退休后有再就业的情况,加拿大再就业的老年人比例为 31.7%,我国劳动者退休后再就业的比例为 32.23%。① 退休后再就业是实现积极应对人口老龄化决策、缓解人力资源结构性短缺、减轻社会负担的有效途径。以德国、日本等为代表的老龄化国家纷纷出台相关政策与

收稿日期: 2020-07-10
作者简介: 袁文全,男,四川平昌县人,重庆大学法学院教授。
基金项目: 2015 年度国家社会科学基金项目“养老保障城乡一体化法律机制研究”(项目编号:15BFX159)。

① 转引自杨筠、张苏、宁向东:《受教育水平与退休后再就业:基于 CHARLS 数据的实证研究》,《经济学报》2018 年第 3 期,第 170 页。

立法规制退休后再就业行为。我国《老年人权益保障法》明确规定了老年人社会参与的相关权利,①《就业促进法》也明确规定了禁止劳动者年龄歧视。② 但从目前来看,相关规定较为笼统,需要法律和政策的进一步细化。除此之外,关于退休后再就业人员的法律主体地位与劳动权益保护存在立法较为混乱的现象,由此造成实践中的疑难案件,也对我国老年人力资源开发、实现“老有所为”的政策目标造成了障碍。因此,以积极老龄化为视域,着眼于退休后再就业人员权利分析,借鉴其他国家有益立法经验,结合我国国情探究退休后再就业人员劳动权益保护问题,完善和发展劳动和社会保障法律制度,依法保护老龄化背景下退休后再就业人员劳动权和就业权,是亟需研究和解决的一大现实课题。

二、退休后再就业劳动权益法律保护的正当性

(一)积极老龄化对老年人社会参与的内在赋权

积极老龄化被联合国第二届世界老龄大会写入《政治宣言》以来,已成为世界范围内应对 21 世纪人口老龄化的政策框架。世界卫生组织提出应努力创造条件让老年人回归社会,从而使老龄化对社会经济的压力转化为促进可持续发展的动力。《老龄化马德里政治宣言》中的政策支持提及,要重视老年人口的生产力,高龄群体的技能、经验和资源是成熟、充分融合及富有人性的社会发展过程中的一种重要资产,对社会经济发展的作用不可忽视,老年人应该享有他们希望并能够胜任的工作的权利。③ 国际劳工组织报告中提及,应从包括老年人群体,在内的劳动力中创造更多和更好的工作的角度来应对老龄化问题,并且这一点对发展中国家尤为重要,这些国家的老年人贫困是日益引起关注的一个问题,而且很少有老年人能够承受得起退休。我们还有必要探索逐渐扩大社会保障的方法,以便在人们晚年时向其提供一种合理的收入,充分就业是为确保社会保护而创造税收和缴款的最佳途径。④ 欧盟组织 2011 年提出“促进积极老龄化——利用老年人的工作潜能”决议以实现老年人社会参与,促进积极老龄化事业发展的目标。⑤ 调动老年人参与社会经济活动的积极性,开发老年人力资源市场作为实现积极老龄化参与权的重要内容越来越受到各国的政策支持。

积极老龄化包含了健康、参与和保障三根支柱,其中参与权的实现对老年人个体来说意味着老年人价值的自我实现,在国家层面意味着老年人口红利的进一步收取。⑥ 真正实现“老有所为”是积极老龄化的题中之义和重要内涵之一。我国已经进入老龄化社会,本着上层建筑与经济基础相适应的原则,以积极老龄化理念为指引,建立和完善退休后再就业劳动权益保护法律体系成为当下促进老龄事业健康发展的重要内容。

(二)退休后再就业人员是否拥有劳动权分析

厘清退休后再就业人员应有的权利是确定其法律主体地位、对其法律权益给予进一步保护的基础。

---

① 《中华人民共和国老年人权益保障法》第六十五条规定:“国家和社会应当重视、珍惜老年人的知识、技能、经验和优良品德,发挥老年人的专长和作用,保障老年人参与经济、政治、文化和社会生活。”

② 《中华人民共和国就业促进法》第三条规定:“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。”

③ 《老龄化马德里政治宣言》第十二条提出:“为了满足老年人的期望和社会的经济需求,应当让老年人参与社会的经济、政治、社会和文化生活。老年人只要愿意并有能力,应一直有机会工作,从事令其满意的生产性工作,同时继续有机会参与教育和培训方案。增强老年人的能力和促进他们的充分参与,是促进老有所事的基本要素。应当向老年人提供适当的、可持续的社会支持。”

④ 国际劳工大会第 95 届会议报告,国际劳工组织提交了一份题为“一个包容老龄人口的社会:就业和社会保护问题”的报告,见理事会 GB.283/ESP/5 号文件。

⑤ 转引自刘文、焦佩:《国际视野中的积极老龄化研究》,《中山大学学报(社会科学版)》2015 年第 1 期,第 176 页。

⑥ 穆光宗:《成功老龄化:中国老龄治理的战略构想》,《国家行政学院学报》2015 年第 3 期,第 60 页。

劳动权是我国公民的一项宪法性基本权利。有关退休后再就业人员是否享有宪法规定的劳动权问题,近些年来成为理论界讨论的热点。我国的宪法劳动权呈现出由社会权向自由权嬗变的特征,并逐渐呈现出社会权与自由权的双重性质。①

首先,从劳动权的社会权性质角度来看。我国立法中的劳动权集公权利与私权利于一体,基本的价值取向是对社会强者的限制和对社会弱者的辅助,追求实质正义,以实际分配正义取代交换正义,劳动权特殊保护的内在性质也在某种程度上决定了《劳动法》保护弱势群体的立法价值取向。因此,确认退休后再就业人员是否属于弱势群体,在分辨再就业劳动者是否应当纳入劳动法的保护范畴、退休后人员是否仍旧享有劳动权的问题上显得尤为重要。伴随市场经济的发展,劳工群体已经并非一般意义上的社会群体,而是在以用人单位代表的社会强者与单个劳动者之间的力量衡量下划分的集体享有某种权利的群体。退休后再就业人员一般有较为良好的经济背景,丰富的社会经验和较高的工作技能,与适龄劳动者相比,他们享受社会保险待遇,有学者认为其不应当纳入劳动法的保护范畴中。② 但退休后群体是一个广泛的范畴,其中不乏体力劳动者等生存压力较大的劳动者,笔者认为认定退休后再就业劳动者群体可以借鉴劳动者分层理论。③ 劳动者的个人优势属于劳动者内部的比较,仅是划分劳动法对劳动者进行区别保护的标准,但并非改变劳动者性质的因素。因此,部分退休后再就业劳动者的优势地位并不是否认该群体劳动者主体地位的因素,相反,退休后再就业劳动者的法律权益相较适龄劳动者更难受到法律保护,相对用人单位更加处于弱势地位,难以得到同工同酬、休息时间等劳动者应有的权益。基于此,国家应当承担积极的作为义务,从政策和法律上对其进行调整。

其次,从劳动权的自由权属性层面来看。对一项基本权利进行限制,可以遵循“基本权利的构成——基本权利的限制——基本权利限制的违宪阻却事由”三个思考层次。在第一个层次中确定基本权利的保障范围和基本权利主体;在第二个层次确定国家对基本权利限制的认定标准;在第三个层次确定该限制行为是否有违宪阻却事由存在,并依此作出合宪或违宪的判断,在这一层次需要分析法律保留、比例原则、基本权利的本质内容等问题。以上三个层次构成了基本权利限制问题的思考框架。④ 因此,在分析退休后再就业人员的劳动权是否应当受到限制的问题上,笔者认为也可以遵循这三个层次的逻辑分析模式。

在第一层次即劳动权的权利主体问题上,通常认为我国劳动权的权利主体是全体劳动者。我国立法中首先出现“劳动者”概念是 1995 年颁布的《劳动法》,之后这一概念作为劳动关系的一方称谓被沿用,但无论是《劳动法》还是后来颁布的《劳动合同法》都没有对该概念的内涵和外延予以明确界定。退休后再就业人员是否属于劳动者的概念界定之内,需要结合劳动法相关理论与退休后再就业用工关系实践现状进行综合分析。我国有关劳动者界定的学说众说纷纭,但通说认为劳动者所提供的劳务服务是具有从属性的,并以此作为判断“劳动者”身份区别于其他类型的标准。⑤ 劳动者从属性包括人格从属性与经济从属性,在这一问题上退休后再就业人员与适龄劳动者没有本质上的区别,其都从属于用人单位,受到用人单位规章制度的约束,为用人单位的目的而付出劳动。卡尔·拉伦茨提出,在法律规定出现不周延时,可以进行目的论解释,这里的目的应当考虑的不仅是立法者的意向,更应该重视已经在法律中客观出现的法目的⑥。我国劳动法立法较早,其时代背景和经济结构在当下已发生较大变化,在坚

---

① 王德志:《论我国宪法劳动权的理论建构》,《中国法学》2014 年第 3 期,第 83 页。
② 邢瑞莱:《商榷:退休人员是否是最低工资的适用主体》,《中国劳动》2007 年第 3 期,第 24 页。
③ 董保华:《和谐劳动关系的思辨》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007 年第 2 期,第 23—24 页。
④ 张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008 年第 1 期,第 134—139 页。
⑤ 李海明:《论劳动法上的劳动者》,《清华法学》2011 年第 2 期,第 127—128 页。
⑥ 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,李爱娥译,北京:商务印书馆 2004 年版,第 252 页。

持劳动法立法精神的基础上,应当结合时代背景对其进行解读。在积极老龄化时代背景下,退休后再就业人员的社会参与权受到世界各国立法保障,我国提出积极应对人口老龄化以来为开发老年人力资源采取了包括“银龄行动”在内的许多政策措施,但始终没有明确退休后再就业群体的法律主体地位,无疑对保障老年群体的社会参与权、真正实现“老有所为”产生了阻力。除此之外,随着市场经济的深入发展,面对层出不穷的全新用工形式,劳动者的法律概念应适当扩大其外延,将多种用工形式的劳动者纳入其中,真正实现《劳动法》保护弱势群体、追求实质平等的立法价值。综上所述,笔者认为退休后再就业人员符合劳动权的权利主体一般要件,应当纳入劳动者的法律概念之内。

在第二、三层面即在退休后再就业人员权利限制及其违宪性阻却事由问题上,关于法律是否对劳动权的权利主体年龄上限进行了规定,学者的看法不一,但主流观点认为劳动合同法中没有禁止用工单位聘用超过 60 周岁的劳动者。简言之,法律没有对劳动者的年龄上限进行限制。根据《劳动合同法》第四十四条的规定,劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。该条立法意味着劳动者领取基本养老金之日,劳动合同的法律效力依法被消灭。但劳动合同的法律效力消灭是否意味着劳动关系的终止以及劳动关系的终止是否自然可以推定劳动权的丧失,这些都有待商榷。首先,从法理来看,劳动权作为宪法性权利对其进行限制必须符合法律保留原则,目前立法中并未明确劳动权的年龄上限,而地方立法以及行政法规对相关问题作出的规定是否违反法律保留原则需要进行进一步考量。其次,劳动权的自由权属性赋予权利主体免遭公权力的侵害危险,立法对劳动权进行限制需要进行合理证成,对劳动权的年龄限制是否合理可以引入公法领域的比例原则进行进一步思考。如果立法选择剥夺退休后就业人员的劳动权,需出于维护公共利益、维护劳资双方利益衡平、解决基本权利冲突等合理原因考量,其所采取的手段必须达到其立法目的且需要尽可能地维护权利主体的利益。有学者提出劳动权利能力的三重限制,①其中第一重就是基于劳动者的利益维护。在当下人口老龄化与产业结构转型背景下,劳动密集型企业逐渐被技术密集型与服务型企业所代替,市场上一些高精尖的技术岗位与一些收入较低、工作比较劳累的岗位出现求贤若渴的状态。因此,劳动力的供求在结构上出现偏差,而退休后再就业人员群体的逐渐壮大在一定程度上弥补了这一偏差,从而为促进市场良性健康发展产生正面影响。与此同时,退休后再就业人力资源的开发,变退休人员“消费养老”到“生产养老”,也为适龄劳动者提供了更多的就业岗位。但不可否认,面对劳动力市场出现的就业缺口较大的现实,退休后再就业政策的制定不可盲目,以避免挤占劳动力市场的负面影响扩大化。因此,对退休后再就业人员的劳动权保护需要引入区别保护机制以实现公平,“一刀切”的限制退休后再就业人员的劳动权未免有矫枉过正之嫌。第二重限制是基于适当兼顾资方权益的维度。退休后人员劳动能力下降,如果没有年龄上限而要求用人单位维持用工关系则会过于加重用人单位的负担,但这一问题可以通过引入劳动合同意思自治、弹性退休制度等相关措施进行解决,而不是直接剥夺该群体劳动权以维护资方利益。第三重限制则是基于公共利益保护原则。退休后再就业现象的发展顺应了老龄化时代背景要求,对实现老年人自我价值、减轻社会养老负担、实现“老有所为”政策目标具有重要意义。老年就业作为一种社会现象指引着立法方向,同时也需要立法进行规范和引导。真正实现老年就业保障对促进经济发展具有重要意义,而没有相关数据或者理论可以直接证明老年群体就业对社会公共利益产生了损益。因此,对退休后再就业人员基于公共利益的限制不应成立。

综上,笔者认为,无论是出于对退休后再就业人员人权保护的目的,抑或出于对劳动权本身的法权建构分析,退休后再就业人员的劳动权应当得到重视,需要进行立法保护。

① 叶姗:《劳动权利能力的三重限制》,《环球法律评论》2013 年第 4 期,第 98—111 页。

三、国内外退休后再就业劳动权益保护法治现状及问题

(一)退休后再就业劳动权益保护的法治现状

以立法的形式对退休后再就业人员权利加以保障是促进退休人员再就业、实现退休人员人力资源开发的重要内容。对退休后再就业人员权利进行保障,首要问题是明确其法律主体地位并在此基础上对相关法律关系进行准确定性,其次方可以讨论社会保障、劳动权益保护具体制度设计等深层次内容。

伴随退休后再就业现象日益普遍化,相关的诉讼数量随之增加,由于缺乏国家层面的统一立法,实践与理论中对退休后再就业用工关系的法律定性争议较大,不同的观点反映在司法实务层面出现不同的执法尺度。最高人民法院 2010 年制定实施的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(以下简称《司法解释三》),其中规定已经享受社会保险待遇的退休后人员与用人单位建立的关系属于劳务关系。我国现行“一刀切”式的硬性退休制度、社会保险法律关系与劳动法律关系的制度衔接设计存在着诸多问题,《劳动合同法》与《劳动合同法实施条例》(以下简称《实施条例》)的相关规定导致已享受社会保险待遇的退休后再就业人员用工关系被认定为劳动关系产生了立法障碍。《司法解释三》的相关规定是在相关立法缺乏新规定的背景下应时而生,立足我国现行退休制度以及社会保险法律法规体系框架内,在不违反《劳动合同法》的立法条文规定的条件下,以劳务关系对退休后再就业人员权益进行基础保护。

《司法解释三》仅针对已经享受社会保险待遇的退休人员用工关系进行规定,导致了未享受社会保险待遇的退休人员用工关系问题仍处于悬而未决的状态。最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院劳动争议司法解释(三)的理解与适用》就该问题进行了解答:已经达到法定退休年龄,未开始依法享受基本养老保险待遇的人员与用人单位的用人关系仍为劳动关系。① 《司法解释三》采取的“一刀切”解决方式和以社会保险待遇为标准解决退休后再就业劳动关系认定问题,似有违背公平原则之嫌,在理论界仍有很大争议。退休人员接受公司招聘,在公司的管理下从事劳动,具有劳动资格与劳动权利能力,与其他劳动者没有实质区别,理应得到法律的平等保护。② 社会保险待遇与劳动关系相关规定出现的矛盾应当通过后续的立法技术来解决,《司法解释三》的相关规定不符合《劳动法》立法精神的同时亦有违法理,不符合积极老龄化背景下对老年人社会参与进行保护的政策指向。

人口老龄化是 21 世纪全球趋势。相较于发展中国家,发达国家更早进入老龄化社会,采取了系列政策保障老年人口的就业权利以促进老年人力资源开发,这些政策主要集中在反对年龄歧视与改革退休制度和养老金制度两方面。日本在应对积极老龄化,促进老年人力资源开发方面的政策可以分为三个层次,其中第二层次的内容主要就是老年人就业权利保护。1986 年出台的《老年就业稳定法》通过延迟退休年龄、引进继续雇佣制度等来促进老年群体的就业,日本领取国民年金的年龄为 65 岁,但领取年金不需要终止劳动关系,并且可以提前或延期领取年金。③ 美国没有以立法的形式规定强制退休制度,对于达到一定的年限后是否退休的问题遵循劳资双方的主观意愿,但伴随老龄化问题愈演愈烈,国家不得不对老年人口就业问题加以干预。美国《反年龄歧视法》(The Age Discrimination in Employment Act)禁止企业对 40 岁及以上的员工进行年龄歧视,1975 年修正案规定禁止以年龄为由强制 70 岁以下的雇

---

① 最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院劳动争议司法解释(三)的理解与适用》,北京:人民法院出版社 2010 年版,第 117 页。

② 冯彦君、李娜:《退休再就业:劳动关系抑或劳务关系——兼评“社会保险标准说”》,《社会科学战线》2012 年第 7 期,第 188 页。

③ 熊缨、车思涵、杨一帆:《日本老年人力资源开发法规政策及启示》,《中国人事科学》2019 年第 9 期,第 67—70 页。

员退休,对于因年龄歧视利益受到侵害的人员都可以向法院提起诉讼①。美国立法规定弹性退休期间为 62—70 岁,其正常退休年龄设定为 67 岁,只要满足退休年龄且满足缴费年限条件,则可以选择申请领取养老金,但养老金的领取比例与退休年龄相挂钩,提前或延后退休养老金的领取比例会发生永久性的减少或增加②。瑞典在退休制度方面实行弹性退休制度,在 65 岁法定退休年龄的基础上,老年人可以选择在 61—67 岁期间领取养老金,相应的领取数额亦随之变化③。英国退休制度改革主要包含两个方面,一是取消强制退休制度,二是制定弹性退休制度的激励政策,将退休年龄与养老金比例挂钩④。

与国外立法相比,有关退休后再就业问题,我国仅在《老年人权益保障法》中规定了有关退休后再就业人员的劳动权益,除此之外,关于工资待遇、用工环境、合同保护等相关具体权益的实现都没有专门的立法保护。总体来看,目前仍处于立法缺失状态,存在年龄歧视基本法立法缺位,相关政策法律效力层级较低,缺乏全国层次立法,地方政策较为混乱,法律规定过于原则化,可操作性较低;退休制度刚性化,退休的权利属性仍需进一步强化,有关退休的相关立法出现滞后性等问题。

(二)我国现行退休后再就业劳动权益保护的法治困境

1. 硬性退休制度造成退休后再就业人员劳动合同关系建立困难

根据我国《劳动合同法》第四十四条规定,劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。结合现行立法体系、司法实践及立法背景来理解《劳动合同法》第四十四条的规定,可以得知其立法原意为达到法定退休条件的,用人单位与劳动者之间的劳动合同自动终止。1978 年颁布的《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》经过 30 年的历史变迁一直沿用至今。该《暂行办法》第一条采取的用语为“应当”,即达到退休年龄的劳动者必须退休,具有法律强制性。由此可见,我国实行的是硬性退休制度。

从法理来看,近些年来关于退休属于劳动者权利抑或义务一直是理论界讨论的热点问题。在一定的历史背景下,退休制度可以作为国家调控劳动力市场以实现适龄劳动者充分就业的工具。我国 70 年代经济背景为国家调控的计划经济体制,国家实行强制退休制度以实现剩余劳动力的充分就业以及保证劳动力资源整体素质。但伴随市场经济下市场结构与用工结构的不断变迁和老龄化现象日益严重,老年人的社会参与成为世界范围内讨论的热点话题,由此退休的权利属性逐渐引起理论及实务的重视,理论界更多开始讨论退休权作为宪法性权利的社会权与自由权的属性。与之相对应,退休权的实现是否意味着劳动权的终止成为退休制度内涵重构的重点讨论问题。从退休人员的劳动能力来看,法定退休年龄只是国家立法通过法律拟制设定的一种法定标准,达到法定退休年龄只是一种客观的法律事实,而劳动能力的内涵显然更加深刻,既具有劳动者自身素质的自然属性,亦具有社会背景、国家政策及公共利益衡量等影响下的社会属性,因此仅用年龄来否认劳动者的劳动能力难以令人信服。⑤

从劳动权设定来看,根据上文分析,年龄并非劳动权限制的合理因素。因此,退休并不意味着劳动权的终止,退休权与劳动权不具有必然的排斥关系,退休更多意味着获得社会保障的资格而非强制退出劳动力市场的划分线。面对老龄化现象下老年抚养比不断增高的现状,现行退休制度与社会保险制度的进一步改革方向已经成为重要议题。2013 年党的十八届三中全会已经明确提出,要研究制定渐进型延迟退休年龄政策。毫无疑问,延迟退休制度已经成为社会保险领域的改革热点,但在制定相关政策时,需要结合国情民意,妥善安排,逐渐推进。除此之外,想从根本上解决现行社会保险制度与退休后人

① 陈亚东:《中美反就业歧视法之比较》,《重庆社会科学》2006 年第 5 期,第 92 页。
② 翁仁木:《国外弹性退休制度研究》,《经济研究参考》2015 年第 16 期,第 105 页。
③ 匡亚林:《国家福利与福利国家——美、瑞、法老年人福利比较与借鉴》,《中国民政》2017 年第 11 期,第 55 页。
④ 钟仁耀、马昂:《弹性退休年龄的国际经验及其启示》,《社会科学》2016 年第 7 期,第 69—70 页。
⑤ 杨华:《司法实务中退休权诉求之考察——来自诉讼档案的研究》,《北方法学》2018 年第 5 期,第 103—104 页。

员再就业权益保护的立法矛盾,使退休政策的制定既可以满足经济增长的需求,亦能够实现老龄化背景下老年人生活充足性,提高退休后再就业参与经济活动的积极性,同时避免相关政策的制定对劳动力市场产生冲击,增加青年人口的就业负担,激励性的弹性退休政策应当纳入政策调整的基本方向。①

2. 养老保险待遇与劳动权益保护对立

我国社会保险法相关立法将退休年龄与养老保险金的领取相互联系,退休的条件之一是领取养老保险金。这一规定意味着劳动待遇的享受与劳动就业权的停止在同一时间节点,二者是择一的关系。与此同时,我国《社会保险法》第十六条规定了个人领取基本养老保险金的基本条件:一是参加基本养老保险;二是达到法定退休年龄;三是累计缴费满 15 年。从立法体系解释和目的解释方面探析,针对退休返聘人员,用人单位无法继续为其缴纳社会保险费。有关退休后再就业人员是否可以领取养老金的同时领取工资报酬的问题,根据《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第十三条规定,允许用人单位与退休后再就业人员签订合同就劳动报酬自行约定,但与此同时,将该类型合同纳入民法的调整范围,而否认了其劳动合同的性质。由此,通过对现行立法分析可以发现,我国立法将社会保险待遇与退休后人员的劳动权保护置于对立位置,相关的法律规定将退休后再就业人员拒之门外,超过退休年龄的人员无法再缴纳社会保险费,无法享受社会保险待遇,已经享受社会保险待遇的退休后再就业人员的劳动权益无法得到保障,需要进入到民法领域内,利用合同法的相关规定进行调整。

社会养老保障体系的建立目的是为了保障老年人的晚年物质生活,实现其老有所养的目标。在老龄化背景下,美好生活权利的实现,单纯靠养老金生活已经无法满足部分老年人的生活需要,因此部分退休后人员选择利用自己的劳动力来缓解生存压力、提高生活质量。除此之外,我国“未富先老”社会问题突出,社会养老保险金的支付风险在不断加大。因而,实现老有所为,注重老年人自身价值创造的重要性显而易见。然而,现行养老保险有关立法造成相关老年群体重新投入劳动力市场时的权益保障出现障碍,从而导致其就业选择的后顾之忧增多。只有全面系统地考虑经济、社会、文化、技术等多种因素,统筹考量、探索新发展理念下的路径优化策略,才能有助于找到适应积极老龄化政策背景下实现劳动力市场与养老保障制度可持续发展之路。

四、我国退休后再就业保护相关法律制度的优化与完善

在劳动法领域,用工关系的法律定性是劳动者合法权益保护的关键。退休后再就业人员的用工关系定性,需要综合考量社会现状、法理、现行立法体系及世界立法例等多种因素。在此依据“立法分析——社会效果——立法背景”的法律逻辑对相关因素进行顺序考量,结合对《司法解释三》的相关内容评析,试图整理出现行立法体系下如何平衡劳资双方利益,顺应积极应对人口老龄化政策需求,对退休后再就业人员劳动权益进行最大化保护的路径。

目前,尽管理论与实践中对退休后再就业人员用工关系的法律定性存在不同观点,但追根溯源,除去各种考量因素,有关退休后再就业人员用工关系的争论问题在立法上本质是区分劳动关系和劳务关系的问题。劳动关系和劳务关系在主体地位、受国家干预程度、享受待遇等方面都具有本质的区别。具体而言,从主体的确认程度来看,劳动关系的双方一般是固定的,一方为用人单位,一方为劳动者;而劳务关系双方主体比较灵活,一般为平等主体之间。在主体地位上,劳动关系签订双方具有隶属性,劳动者与用人单位具有人身和经济上的从属性;而劳务关系一般只是一种平等的经济关系,遵循《合同法》的平等自愿的基本原则。劳动关系的劳动力提供者不仅仅提供劳动,还需要遵守用人单位制定的规章制度,可以获得用人单位提供的工资待遇之外的其他福利,但劳务关系双方一般不涉及复杂的权利义务

---

① 张士斌、张安琪、宋金城:《中国退休年龄政策调整的目标序列、方向路径和框架体系》,《经济社会体制比较》2017 年第 6 期,第 130 页。

关系,仅涉及经济交换。① 以上特征都是劳动关系与劳务关系自身存在的自然特征区分。除此之外,劳动关系与劳务关系还有法律设定的不同之处。例如,依据法律规定,劳动关系必须以法律的形式来呈现,纳入劳动法的调整范围,受国家调整的程度较高。但认定一种新出现的用工形式的性质,首先应从其呈现的自然属性出发进行界定,从而将其划分为不同的形式进行差别化保护。因此,笔者认为退休后再就业人员提供的劳动与适龄劳动者提供的劳动没有本质上的差异,退休后再就业用工关系本质呈现劳动关系的特征,主体之间呈现不平等地位,需要立法进行倾斜保护以实现实质公平。从用人单位的角度看,如果将退休后再就业用工关系简单地认定为劳务关系,会导致用人单位利用自己的强势地位对劳动提供者的权利进行不合理的限制,不利于用工市场环境优化与法治机制的健全。

(一)对《司法解释三》规定的退休后再就业群体实行劳动基准保护

《司法解释三》基于现行退休制度和社会保险待遇相关立法现状下的立法稳定性、协调性的现实考量,以社会保险待遇为标准划分劳动者与用人单位之间的用工关系性质,无疑其与现行有效的相关立法相互契合,但过于绝对化、片面化,无法满足退休后再就业人员劳动权益保护的现实需求。结合实证分析考量立法的稳定性,从短期来看,《劳动合同法》与《劳动法》无法进行制度的重设和修改,因此暂将已经享受社会保险待遇的退休人员用工关系认定为劳务关系进行保护是权宜之计,但国家层面的立法及政策应当对其参照劳动者的基本权益保障以法律的形式对该类特殊群体的基础利益进行保护,以解决现实中类似纠纷的法治困境。因对这部分退休后再就业人员的权益保护暂不纳入劳动法的调整范围,故而无须讨论其有关劳动合同的相关保护,其劳动权益保护主要围绕着劳动基准保护开展。近些年来,伴随用工形式不断增多,劳动基准待遇的适用范围问题已经越来越引起学者的重视,虽然这部分退休后再就业人员纳入劳务关系的调整范围内,但事实上灵活就业人员的实质性地位反而更处于弱势,劳动基准保护在一定意义上使得对人权的保护即使处于民事雇佣关系中亦不存在豁免的问题。当然,对退休后再就业群体的劳动基准保护必须围绕平衡劳资双方利益的原则,不能一味追求对劳动提供者的倾斜保护导致用人单位的利益受损,否则不利于该类型用工关系健康发展。因此,笔者认为考虑到退休后再就业人员自身伴随年龄增长可能导致的劳动能力减弱等现象,对于经济收入相关的劳动基准问题可以给予劳动提供者和用人单位相较于一般劳动关系更多自主权而作出差异化规定,但以围绕人权保护为中心的劳动时间、劳动卫生标准等相关问题必须严格执行劳动基准保护,甚至对退休后再就业人员考虑到其群体差异性,在劳动时间和劳动条件上应当做出相较于一般劳动者更加严格的规定。

(二)对未享受养老保险待遇的退休后再就业人员进行分类保护

对已经退休但没有享受社会保险待遇的退休人员群体应当以劳动关系进行保护,但可以进行分类讨论,避免以“一刀切”的形式予以规定。其中的两种典型情况:其一,如因退休人员缴费年限不够无法享受养老保险待遇,可以参照《社会保险法》第十六条的相关规定,通过立法技术进行解决,以灵活就业的方式进行缴费,缴费满十五年的可以办理退休手续。其二,对原用人单位与劳动者双方经过协商一致而延迟办理退休手续的劳动者仍应按照一般劳动关系的延续进行认定,这是用人单位和劳动者自由选择的结果,具有法理上的正当性。其余未享受基本养老待遇的退休后人员在单位新的岗位进行重新就业,可以纳入特殊劳动关系的范畴予以特殊规定,以避免给新的用人单位过重的负担,造成退休后人员就业的障碍。② 当然,对退休后再就业人员进行平等保护并非意味着应当对其进行与适龄劳动者无差别的保护,在劳动基准保护方面可以给予其与适龄劳动者同等标准的保护,但基于退休后再就业群体自

① 杨德敏:《论劳动关系与劳务关系》,《河北法学》2005 年第 7 期,第 142 页。

② 黄永颖:《超龄人员用工法律关系研究——以〈审理劳动争议案件解释(三)〉第七条为切入点》,《中国劳动关系学院学报》2017 年第 2 期,第 37 页。

身的特殊性,在社会保险、劳动合同等方面可以进行专门立法。① 劳动合同相关立法规定需要处理好稳定性和灵活性的关系。无固定期限劳动合同、经济补偿金制度以及书面劳动合同制度的目的都是在保障灵活用工形式的基础上追求劳动关系的稳定性,但退休制度的内在含义之一是赋予劳资双方劳动合同终止权,用人单位有随时单方终止劳动合同的权利。老年群体呈现身体机能退化的特点,其用工关系相较于一般劳动者存在变化性较强的特性,强制性地以《劳动合同法》的相关规定约束双方过于刚性。因此,在劳资双方利益问题上可以参照非全日制用工劳动合同相关规定,劳资双方无须遵守《劳动合同法》有关劳动合同必须书面形式、无固定期限劳动合同相关规定以及终止合同的经济补偿相关规定。

(三)立足积极应对人口老龄化的退休制度立法取向

在现行立法的基础上,对退休后再就业人员劳动权益保护进行制度设计是避免立法体系内部矛盾的权宜之计。从根本上解决我国退休后再就业人员法律主体地位模糊、劳动权益保护的法治困境,需要对退休制度的内涵、社会保险待遇与退休制度相互依附的问题进行立法重构。针对社会保险问题,尽快地实现社会保险与劳动关系的解绑,发挥社会保障制度本身的保障作用;针对未享受养老保险待遇群体的退休人员重新入职,允许用人单位与个人续交社会保险费;针对已享受社会保险待遇的劳动者解决其立法矛盾,允许其依据退休年龄按照相应年限领取养老费用。② 从其他国家和地区的立法和理论来看,强制终止劳动的年龄规则实属少见。瓦尔特曼在《德国劳动法》一书中认为德国劳动法上并不存在法定年龄界限,养老保险法上的年龄界限确定的是,在养老保险法规定的其他条件都具备时,可以向保险人请求支付养老金的年龄界限。日本劳动法立法中的退休年龄具有劳动基准色彩,企业设置的劳动关系终止年龄不得早于法定退休年龄,但到达退休年龄后,如果当事人双方自愿则法律并不会强制终止劳动关系。美国 1967 年专门制定了保护中老年劳动者就业权的《就业年龄歧视法》,该法的颁布使所有的硬性退休制度都成为非法。英国已经退休的劳动者再就业仍可以继续领取养老金,不会因为就业影响养老金的领取数额。我国台湾地区,退休分为“强制退休”和“自愿退休”,退休不仅是终止劳动关系的制度,还涉及退休金的领取制度,达到退休年龄后是否继续双方权利义务由当事人自由选择③。当下社会关于延迟弹性退休制度的讨论还很大,其涉及年轻劳动力的就业市场、养老金缺口补缺等问题。④ 因此,如何最大限度地实现各方利益,立足积极应对人口老龄化的社会时代背景,赋予现有退休制度以新的时代内涵,并在此基础上进行法权制度重构,是未来相关立法改革需要深入研究和解决的重要课题。

五、结　语

积极老龄化已成为 21 世纪世界范围内应对人口老龄化的政策框架。我国目前正处于经济增长、社会治理体系转变的多重转型期,劳动立法存在理论准备相对较为薄弱、偏重实用性等问题。面对新的用工形式,相关立法很难迅速做出反应准确界定其性质并将其纳入劳动法的调整范围。退休后再就业现象普遍化标志着老年人口已成为 21 世纪我国市场经济与人口老龄化背景下劳动力市场的一支新生力量。面对新的时代背景,传统劳动用工形式背景下的劳动法理论与法律体系是否能够适应新形势下实践发展要求是应当思考的问题。作为社会法的劳动立法始终把劳动权保护作为基本问题,其基本的价值取向是实现市场经济下劳动关系的协调,对退休后再就业人员劳动权益保护始终是法理、实践需求等

---

① 潘峰:《是劳动关系还是雇佣关系——论退休返聘人员的平等就业》,《中国人力资源开发》2008 年第 3 期,第 84、88 页。

② 邵婧:《超过法定退休年龄人员再就业用工性质的认定》,《山东工会论坛》2018 年第 2 期,第 35—36 页。

③ 转引自沈建峰:《论退休年龄的功能转型与劳动关系存续》,《中国劳动》2017 年第 7 期,第 34 页。

④ 孔丽霞:《完善我国退休年龄制度的思考》,《理论月刊》2017 年第 12 期,第 157 页。

方面都无法回避的现实问题。因此,在短期内,应立足现行立法框架下探索对该群体劳动权益的最大化保护;从长远看,应回应社会关切和时代发展需求,立足劳动法理论和实践创新发展,扩宽劳动立法主体范围,增强劳动立法的灵活性,梳理重构劳动法与社会保障法等基本立法之间的关系,消解立法之间的矛盾,成为我国劳动制度立法适应新形势要求,充分发挥法的指引与规范作用路径的理性选择。

The Legal Dilemma of the Labor Right Protection in Reemployment after Retirement and its System Response
——Taking Active Aging as the Field of Vision

Yuan Wenquan, Zhang Yawei
(*School of Law*, *Chongqing University*, *Chongqing* 400044, *China*)

Abstract: With the intensification of population aging and the improvement of the comprehensive quality of the new elderly generation, the value of the elderly has received increasing attention, and the phenomenon of reemployment after retirement has presented an increasingly common tendency in China. Based on the analysis of the realistic demand of social development and the legal right construction of the civil labor rights, the labor rights and interests protection of the reemployed retired people has become a new issue that must be faced and solved under the background of the implementation of China's active aging policy. From the short-term point of view, it is necessary to explore the maximum protection of the labor rights and interests of this group under the current legislative framework. From the long-term point of view, it is necessary to respond to social concern and epochal demand, to make innovation and development on the basis of the theory and practice of the labor law, to enlarge the scope of the main body of labor legislation, enhance the flexibility of labor legislation, to readjust and reconstruct the relationship between the labor law and such basic legislation as the social security law, and to resolve the contradiction in the making of different laws. It is a rational choice for China's labor system legislation to adapt to the requirements of the new situation and give full play to the guidance of the law and normalize its acting path.

Key words: active aging, reemployment after retirement, labor right protection, social security, retirement system

(责任编辑 杨伊佳)